

200-A-16

TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL: San Salvador, a las once horas del día veinticuatro de junio de dos mil diecinueve.

Por agregado el informe suscrito por el Secretario Municipal de Apopa, con la documentación adjunta (fs. 20 al 26).

El presente procedimiento administrativo sancionador inició mediante aviso interpuesto el día diez de octubre de dos mil dieciséis, contra el señor Joel Albertico López, Jefe de la Unidad de Promoción Social de la Alcaldía Municipal de Apopa, a quien se atribuye la infracción del deber ético de *“Utilizar los bienes, fondos, recursos públicos o servicios contratados únicamente para el cumplimiento de los fines institucionales para los cuales están destinados”*, regulado en el artículo 5 letra a) de la LEG; por cuanto, presuntamente, entre las diecisiete y las veinte horas del día siete de octubre de dos mil dieciséis, habría utilizado el vehículo placas N15434 propiedad de dicha comuna, para desplazarse hacia el interior de la Residencial Metrópoli San Gabriel, en Apopa, departamento de San Salvador.

Asimismo, contra los señores José Elías Hernández Hernández, José Salvador Sánchez Membreño, José Santiago Zelaya Domínguez, Oscar Armando Rivas, Ángel Román Sermeño Nieto, Darwin David Maldonado García, María del Carmen García, Fernando Leiva, José Asencio Aguilar Granados, Rubenia Delfina Mira Hernández, José David Recinos Tobar, René Antonio Díaz Orellana, Osmin de Jesús Menjivar González y Silvia Alexandra Monteagudo, miembros del Concejo Municipal de Apopa para el período del uno de mayo de dos mil quince al treinta de abril de dos mil dieciocho, a quienes se atribuye la infracción a la prohibición ética de *“Utilizar indebidamente los bienes muebles o inmuebles de la institución para hacer actos de proselitismo político partidario”*, regulada en el artículo 6 letra k) de la LEG; por cuanto, presuntamente, en virtud de ser la máxima autoridad del municipio facultada para tomar acuerdos sobre el uso de bienes propiedad de la municipalidad, dichos miembros habrían permitido que al vehículo placas N15434 se le colocará en su parabrisas una bandera alusiva al partido político Alianza Republicana Nacionalista (ARENA).

Antes de emitir el pronunciamiento respectivo, este Tribunal hace las siguientes consideraciones:

I. El artículo 97 letra b) del Reglamento de la Ley de Ética Gubernamental (RLEG) establece el sobreseimiento como forma de terminación anticipada del procedimiento *“por fallecimiento del denunciado, debidamente comprobado.”*

De conformidad con la certificación de partida de defunción número trescientos sesenta y cinco, extendida por la Jefa interina del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de Apopa, el señor René Antonio Díaz Orellana, investigado en el presente procedimiento, falleció el día veintinueve de junio de dos mil dieciséis (f. 21).

Dicha situación imposibilita a este Tribunal continuar con el trámite de ley respectivo contra el señor Díaz Orellana.

II. Respecto de los demás servidores públicos señalados, se procede a analizar el caso tomando como marco básico los principios que informan la ética pública y la teleología de la función primordial del Tribunal de Ética Gubernamental, para luego determinar si la conducta sometida a su conocimiento es una situación que debe ser resuelta bajo su cobertura normativa:

A. Los principios de necesaria e ineludible observancia en el ámbito de la ética pública como fundamento del ejercicio de la función pública, constituyen pautas de interpretación y formas de comprensión de las normas jurídicas de las cuales son rectores; en este sentido, en el presente caso es necesario realizar una reinterpretación bajo supuestos de hecho como el presente, en observancia de los principios de supremacía del interés público, legalidad y eficacia, regulados en el art. 4 letras a), h) y l) de la LEG.

B. De conformidad a lo establecido en el art. 1 de la LEG, el procedimiento administrativo sancionador competencia de este Tribunal tiene por objeto esencial determinar la existencia de infracciones a los deberes y prohibiciones éticas reguladas en ella, teniendo potestad sancionadora frente a los responsables de las contravenciones cometidas; sin embargo, lo que se persigue es combatir y erradicar todas aquellas prácticas que atentan contra la debida gestión de los asuntos públicos y que constituyen actos de corrupción dentro de la Administración Pública.

El artículo 3 letra f) de la LEG, define la *corrupción* como “el abuso del cargo y de los bienes públicos, cometidos por servidor público, por acción u omisión, para la obtención de un beneficio económico o de otra índole, para sí o a favor de un tercero”; el término abuso se refiere a un uso excesivo, injusto o indebido del cargo y de los bienes públicos con el fin de obtener un beneficio particular.

C. De acuerdo a los anteriores conceptos, queda claro para este Tribunal que todo hecho constitutivo de una conducta contraria a los intereses del Estado por exceso o uso indebido de los bienes o recursos públicos o abuso del cargo, en caso de ser comprobado, ha de merecer la respectiva sanción, en su justa dimensión. Es por ello que, cuando se hace mérito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, es menester observar el principio de proporcionalidad como medio de adecuación entre el hecho cuestionable y la consecuencia jurídica del mismo.

En este punto, la Sala de lo Constitucional, en su constante jurisprudencia ha señalado que el principio de proporcionalidad exige que los medios soberanos utilizados en las intervenciones del Estado en la esfera privada, deben mantener una proporción adecuada a los fines perseguidos.

Dentro de ese contexto, según la sentencia de inconstitucionalidad 109-2013 de fecha 14-I-2016, “el reconocimiento de la potestad sancionadora administrativa conlleva, de forma paralela, la necesidad de la proporcionalidad de las sanciones administrativas, tanto en el plano de su formulación normativa, como en el de su aplicación por los entes correspondientes”, buscando siempre la congruencia entre la conducta y la sanción y que ésta sea proporcional a la gravedad que comporta el hecho.

De esta manera, continúa sosteniendo dicha decisión judicial que el principio de proporcionalidad tiene como finalidad servir de “límite a la discrecionalidad de la actividad administrativa sancionatoria, procurando la correspondencia y vinculación que debe existir entre las infracciones cometidas y la gravedad o severidad de las sanciones impuestas por el ente competente; y, por otro, como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones a derechos y garantías constitucionales siempre que la relación entre el fin o fines perseguidos por el legislferante y la sanción tipificada como medio para conseguirlo implique su sacrificio excesivo o innecesario, carente de razonabilidad”.

En definitiva, se puede indicar que el principio de proporcionalidad implica que para imponer una determinada sanción, ésta debe ser idónea, necesaria y proporcionada en estricto sentido para la consecución de los fines perseguidos. Esto significa realizar un juicio intelectual que permita advertir la idoneidad de los medios empleados para la finalidad que se pretende alcanzar y la necesidad de tales medios; esto es, que se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, que la medida empleada permita alcanzar el fin perseguido con un sacrificio justo de derechos e intereses del afectado, haciendo un juicio relacional entre el bien jurídico tutelado y el daño que se produciría por el acto o la resolución que se dicte, por lo que, en supuestos como el que se analiza, ante una afectación mínima del interés general, la Administración deberá abstenerse de crear un daño mayor al administrado a través de la sanción.

Por tanto, el Tribunal ha de realizar *una ponderación de intereses, a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger.*

III. 1. Respecto del hecho atribuido al señor Joel Albertico López, Jefe de la Unidad de Promoción Social de la Alcaldía Municipal de Apopa, referente a que entre las diecisiete y las veinte horas del día siete de octubre de dos mil dieciséis, el mencionado señor habría utilizado el vehículo placas N15434 propiedad de dicha comuna, para desplazarse hacia el interior de la Residencial Metrópoli San Gabriel; de comprobarse dicha conducta, ésta configuraría una situación irregular dentro del ámbito disciplinario interno de la Alcaldía de Apopa. Y es que si bien la ética pública orienta las acciones humanas dentro de la Administración, y este Tribunal como ente rector, debe detectar las prácticas corruptas y sancionar los actos contrarios a la LEG, no puede soslayarse que de conocer todas las conductas antiéticas aisladas y que pueden ser de conocimiento de los regímenes disciplinarios internos de cada institución pública, iría en detrimento de la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores que sí comporten actos de corrupción que afecten de manera objetiva el interés público.

En razón de ello, debe precisarse que si bien existe un reconocimiento y compromiso por parte de este Tribunal del cumplimiento de la ética dentro del desempeño de la función pública, no puede dejarse al margen, que existen hechos que como el informado, podrían configurar una adecuación al supuesto regulado por el artículo 5 letra a) de la LEG; sin embargo, carecen de

relevancia objetiva para el interés público, pues no se trata de un tema cuya importancia o trascendencia ética sea indudable hasta el punto de justificar el accionar de este Tribunal por medio del procedimiento administrativo sancionador.

Aunado a lo anterior, debe dimensionarse la importancia de la aplicación del régimen disciplinario por parte de las instituciones estatales, pues éste también deviene en un control de la ética pública ad intra, ya que existen procedimientos disciplinarios reglados ad hoc para conductas irregulares como la de objeto de aviso.

En consecuencia, ante estos supuestos, existe ya una canalización por parte de cada institución pública como mecanismo de control de conducta en el procedimiento disciplinario correspondiente, en tanto *“la sanción disciplinaria tiene como fundamento la infracción de los deberes éticos y de aquellos cánones conductuales que intentan preservar el buen funcionamiento de la Administración en relación con el servicio público que se presta”* (Sentencia de Inconstitucionalidad 18-2008, de fecha 29-IV-2013). Es innegable entonces que las conductas irregulares realizadas por un servidor público que presta sus servicios profesionales o técnicos para la Administración, expone, compromete, menoscaba o causa detrimento al funcionamiento de la institución a la cual sirve –e incluso a la imagen institucional–, lo cual debe implicar la respectiva sanción disciplinaria en los términos expuestos.

En este sentido, resulta necesario remarcar que este Tribunal está comprometido con el control de la existencia de hechos contrarios al buen uso de las facultades y de los recursos públicos realizado por los servidores públicos o de quienes administran fondos públicos; sin embargo, existen casos que no alcanzan a afectar proporcionalmente el interés general, dado que se trata de conductas muy puntuales que no logran configurar un exceso en la utilización indebida de bienes públicos o abuso de su cargo, pues no se atribuye una conducta reiterada o desmedida, orientada a ser definida como corrupción en los términos del art. 3 letra f) de la LEG; cuyo conocimiento a través de la potestad sancionadora de este Tribunal implicaría un dispendio de los recursos con los que cuenta esta institución, siendo la vía idónea los regímenes de control disciplinario que se encuentran dentro de las instituciones públicas.

2. Asimismo, respecto a que los miembros del Concejo Municipal de Apopa para el período del uno de mayo de dos mil quince al treinta de abril de dos mil dieciocho, habrían permitido que al vehículo placas N15434 se le colocará en su parabrisas una bandera alusiva al partido político ARENA; al analizar este hecho de conformidad con la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra k) de la LEG, se estima que dicha conducta no se considera sustancial para provocar una afectación considerable al bien jurídico que se pretende tutelar con la referida norma, en tanto, por sí mismo, no sería eficaz para la realización de proselitismo político partidario orientado a beneficiar o generar una ventaja a favor de una fracción o ideología política, en menoscabo del interés general.

Y es que *una de las herramientas para hacer proselitismo político es la propaganda electoral*, la cual a tenor del artículo 2 del Reglamento para la Propaganda Electoral emitido por

el Tribunal Supremo Electoral, implica el *conjunto de actividades que tienen por objeto inducir a los electores a tomar opción con su voto por una determinada propuesta política.*

Así, la mera colocación de un pequeño *sticker* con la bandera alusiva a un partido político en un vehículo propiedad de la Alcaldía, no tendría el alcance ni el efecto directo de conducir a los electores de esa circunscripción territorial a optar en las elecciones locales por el partido político al cual pertenece, sino que, para lograr ese propósito y para generar una lesión al interés general desde la perspectiva de la ética pública, tal acción necesariamente debería vincularse y complementarse con otra actividad que promueva determinada ideología política, programa de gobierno o candidatos a cargos de elección popular, así como ha sido manifestado por este Tribunal en la resolución del 28-III-2019 pronunciada en el procedimiento con referencia 155-A-16.

3. Esto no significa que este Tribunal avale los hechos que han sido informados, como es el caso, sino reiterar que este ente debe ponerse en marcha para controlar los actos antiéticos que lesionen proporcionalmente el interés general y que provoquen conductas gravosas que pongan en grave peligro el funcionamiento ético de las instituciones.

Sin embargo, conductas como la descrita, resultan idóneas de ser controladas a través de la potestad disciplinaria otorgada a cada institución. Para el caso particular, el art. 31 numeral 12 del Código Municipal, establece como obligación del Concejo: *“Prohibir la utilización de bienes y servicios municipales con fines partidarios, así como colores y símbolos del partido gobernante tanto en muebles o inmuebles propiedad municipal, ni permitir al personal y funcionarios de la municipalidad participar en actividades públicas partidarias cuando se encuentre en el desempeño de sus funciones”*; en este sentido, corresponde a la Municipalidad controlar dichas irregularidades a fin que se utilicen los bienes únicamente para los fines que han sido destinados.

Por tanto, la decisión que habrá de pronunciarse, no significa una desprotección a los bienes jurídicos que pudieran verse comprometidos con el hecho informado, sino únicamente que deberá ser el Concejo Municipal de Apopa, quien dentro de su potestad disciplinaria podrá adoptar las medidas que considere idóneas, de comprobarse las conductas señaladas en esta sede.

IV. El artículo 97 letra a) del RLEG establece como otra de las causales de sobreseimiento, *“cuando después de haberse admitido la denuncia o aviso se advierta alguna causal de improcedencia (...)”*.

En el caso particular, se ha verificado que los hechos objeto de aviso pueden ser conocidos por la institución en la cual han laborado los investigados, a través de su potestad disciplinaria.

Tal circunstancia, a tenor del artículo 81 letra d) del RLEG, es motivo de improcedencia de la denuncia o aviso y, en consecuencia, se cumple con la causal de sobreseimiento citada.

De manera que esta sede se encuentra impedida para continuar con el trámite del caso, por advertirse de manera sobreviniente un supuesto de improcedencia, en atención al criterio adoptado por este Tribunal en casos como el presente.

V. Finalmente, debe acotarse que en la resolución pronunciada el día diez de diciembre de dos mil dieciocho (fs. 16 y 17) este Tribunal advirtió que para esa fecha, los señores José Elías Hernández Hernández, José Salvador Sánchez Membreño, Fernando Leiva, René Antonio Díaz Orellana, Osmín de Jesús Menjívar González y Silvia Alexandra Monteagudo ya no formaban parte del Concejo Municipal, por lo que se requirió a la Registradora Nacional de las Personas Naturales –así como a otra autoridad– que en el plazo de cinco días hábiles, informara las direcciones particulares de dichos ex servidores públicos, a efecto de notificarles dicha resolución; lo cual le fue comunicado mediante oficio No. 2093, recibido el día dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho (f. 19). No obstante lo anterior, dicho requerimiento no fue contestado.

Ahora bien, en atención al pronunciamiento que se emitirá, siendo una resolución indiscutiblemente favorable para la situación jurídica de los investigados, deberá ordenarse la notificación de la presente resolución, así como la de fecha diez de diciembre de dos mil dieciocho (fs. 16 y 17) por medio del tablero de este Tribunal.

Por tanto, y con base en lo dispuesto en los artículos 81 letra d) y 97 letras b) y c) del Reglamento de la Ley de Ética Gubernamental, este Tribunal **RESUELVE**:

a) *Sobreséese* el presente procedimiento iniciado por aviso contra contra el señor Joel Albertico López, Jefe de la Unidad de Promoción Social de la Alcaldía Municipal de Apopa y contra los señores José Elías Hernández Hernández, José Salvador Sánchez Membreño, José Santiago Zelaya Domínguez, Oscar Armando Rivas, Ángel Román Sermeño Nieto, Darwin David Maldonado García, María del Carmen García, Fernando Leiva, José Asencio Aguilar Granados, Rubenia Delfina Mira Hernández, José David Recinos Tobar, René Antonio Díaz Orellana, Osmín de Jesús Menjívar González y Silvia Alexandra Monteagudo, miembros del Concejo Municipal de esa Alcaldía para el período del uno de mayo de dos mil quince al treinta de abril de dos mil dieciocho.

b) *Comuníquese* la presente decisión al Concejo Municipal de Apopa, departamento de San Salvador, para los efectos legales pertinentes.

c) *Notifíquese* a los investigados la presente resolución, así como la de fecha diez de diciembre de dos mil dieciocho (fs. 16 y 17), por medio del tablero de este Tribunal.

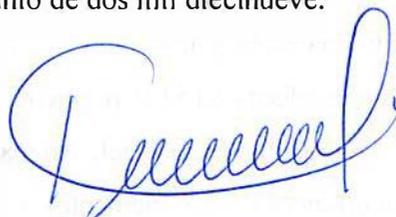
Notifíquese.

PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN

**-TO PARCIALMENTE DISIDENTE DE LA MIEMBRO DEL PLENO KARINA
GUADALUPE BURGOS DE OLIVARES**

Expreso mi voto parcialmente disidente de la resolución pronunciada a las once horas del día veinticuatro de junio de dos mil diecinueve, en el procedimiento administrativo sancionador 200-A-16, por no estar de acuerdo con dicha decisión, en la cual los miembros de este Tribunal que la suscriben concluyen que es dable decretar sobreseimiento por concurrir las causales del artículo 97 letras a) y b) del Reglamento de la Ley de Ética Gubernamental. Es menester referir que en el presente procedimiento se decretó la apertura del procedimiento en los términos siguientes: (1) contra el señor Joel Albertico López, Jefe de la Unidad de Promoción Social de la Alcaldía Municipal de Apopa, por cuanto, entre las diecisiete y las veinte horas del día siete de octubre de dos mil dieciséis, habría utilizado el vehículo placas N15434 propiedad de dicha comuna, para desplazarse hacia el interior de la Residencial Metrópoli San Gabriel, Apopa, departamento de San Salvador; en consecuencia, se advirtió la concurrencia de los elementos y datos necesarios que permitieron hacer un análisis y consideración de una posible transgresión al deber ético regulado en el artículo 5 letra a) de la Ley de Ética Gubernamental (LEG). (2) Contra los señores José Elías Hernández Hernández, José Salvador Sánchez Membreño, José Santiago Zelaya Domínguez, Oscar Armando Rivas, Ángel Román Sermeño Nieto, Darwin David Maldonado García, María del Carmen García, Fernando Leiva, José Asencio Aguilar Granados, Rubenia Delfina Mira Hernández, José David Recinos Tobar, René Antonio Díaz Orellana, Osmín de Jesús Menjívar González y Silvia Alexandra Monteagudo, miembros del Concejo Municipal de Apopa durante el período del uno de mayo de dos mil quince al treinta de abril de dos mil dieciocho; por cuanto, en virtud de ser la máxima autoridad del municipio facultada para tomar acuerdos sobre el uso de bienes propiedad de la municipalidad, habrían permitido que al vehículo placas N15434 se le colocará en su parabrisas una bandera alusiva al partido político Alianza Republicana Nacionalista (ARENA); en consecuencia, se advirtió la concurrencia de los elementos y datos necesarios que permitieron hacer un análisis y consideración de una posible transgresión a la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra k) de la LEG. En cuanto a ello, es necesario referir que la resolución de fecha diez de diciembre de dos mil dieciocho en la cual se decretó la apertura no ha sido notificada a ninguno de los investigados para el ejercicio de su derecho de defensa; por lo que, no existen elementos que permitan realizar un análisis posterior sobre la relevancia de los hechos o elementos de prueba aportados que hubieren modificado la valoración de los mismos; por tanto, a criterio de la suscrita debía ejecutarse la notificación de la resolución a los investigados y seguirse con el trámite de ley correspondiente por parte de este Tribunal. Además, es importante dejar sentado, que en el caso particular no es aplicable el sobreseimiento por la causal de improcedencia por falta de relevancia, lo cual se funda en: (i) *primero*, el cargo público de Concejales representa una autoridad dentro de la municipalidad, lo que implica que como jefatura tiene una responsabilidad mayor en cuanto al conocimiento de la LEG y el actuar conforme a ésta, y ese solo hecho dota de relevancia el caso particular. (ii) *Segundo*, la conducta informada está relacionada con el elemento de “política partidista”, es decir, que la realización de la misma podría causar una afectación considerable al interés

público, pues esto puede traducirse en el beneficio de todo un partido político y en la incidencia indebida sobre un grupo de la población; asimismo, se vería comprometida la imagen institucional que representa el funcionario público, identificándola con un partido político determinado. Por todo ello, la decisión adoptada resulta ser incompatible con el criterio utilizado y carece de fundamento para finalizar el presente procedimiento. De todo lo anterior, se exceptúa el caso del señor René Antonio Díaz Orellana, del cual se comprobó su fallecimiento, y por tanto, era procedente decretar la finalización anticipada. Es por lo expresado que la suscrita no acompaña el decreto de sobreseimiento adoptado en el caso clasificado con referencia 200-A-16. ASÍ MI VOTO. San Salvador, a las trece horas con cuarenta minutos del día veinticuatro de junio de dos mil diecinueve.



PRONUNCIADO POR LA MIEMBRO DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBE.

